



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105025201800002-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Desafiliación del Sistema - Retroactivo Pensional – Intereses Moratorios.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2020, por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **HUGO HERNÁN SÁENZ HURTADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

HUGO HERNÁN SÁENZ HURTADO instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que la última cotización a pensión fue efectuada en mayo de 2016, fecha en la cual se retiró efectivamente del Sistema General de Pensiones; que, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo pensional por las mesadas ordinarias y adicionales del 01 de junio de 2016 al 01 de marzo de 2017, fecha a partir de la cual se le otorgó la pensión de vejez; que, se condene a COLPENSIONES a liquidar y pagar el valor de los intereses moratorios, de acuerdo con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por las mesadas que no le fueron canceladas entre el 01 de junio de 2016 y el 01 de marzo de 2017, sobre la tasa máxima de intereses moratorios, vigente en el momento en que se incluya en nómina o se efectuó el pago de los mismos; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació

el 06 de noviembre de 1945 y cumplió 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2005; que, al 01 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad; que, cotizó al Seguro Social hoy COLPENSIONES, un total de 1.280,71 semanas.

Indicó que, su última cotización fue en mayo de 2016, a través del empleador GRUPO OP GRAFICAS S.A.; y que, en la planilla de autoliquidación de aportes correspondiente al mes de junio de 2016 se puede evidenciar la novedad de retiro del Sistema de Pensiones, de 133 trabajadores, dentro de los cuales él estaba incluido; que, el 12 de enero de 2017, solicitó a COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez

Refirió que, a partir de junio de 2016, sólo cotizó a salud, aportes que realizó con destino a Aliansalud EPS, a través del operador Aportes en Línea; sin embargo, en el reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, apareció un pago a pensión, como independiente, para el ciclo octubre de 2016, con la anotación valor devuelto del RAIS por pago al fondo; que, al advertir ese error, el 14 de febrero de 2017, se dirigió a Aportes en Línea, para que se corrigiera esa información y se reversara el mismo, obteniendo el 18 de abril de 2017, respuesta negativa al respecto; que, en igual sentido presentó solicitud ante la AFP PORVENIR S.A., el 10 de marzo de 2017, para que se adelantaran los trámites correspondientes ante COLPENSIONES, con el fin de excluir de su historia laboral, ese reporte.

Manifestó que, mediante resolución SUB 3771 del 08 de marzo de 2017, COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez, pero, a partir del 01 de marzo de 2017, en cuantía de \$10.416.398; que, el 18 de abril de 2017, radicó ante COLPENSIONES, formulario de corrección de historia laboral, solicitando la exclusión del aporte correspondiente al mes de octubre de 2016; que, el 05 de junio de 2016, presentó ante COLPENSIONES, solicitud de revocatoria directa parcial, contra la resolución en mención, para obtener el reconocimiento del retroactivo pensional causado entre el 01 de junio de 2016 y el 01 de marzo de 2017, pretensión que fue negada a través de la resolución SUB 92496 del 09 de junio de 2017 (fls. 1-9 y 65-73).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **COLPENSIONES**, dio respuesta con escrito visible a folios 78 a 84, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones; respecto a los hechos, aceptó la mayoría de ellos, salvo los relacionados con la presunta equivocación en la realización del aporte correspondiente al mes de octubre de 2016, que dijo no constarle. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, buena fe, carencia del derecho y las demás que se puedan reconocer de oficio por el Juez.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 02 de diciembre de 2020, el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, debe cancelar el retroactivo pensional al demandante, por las mesadas comprendidas entre el 01 de junio de 2016 y el 28 de febrero de 2017; condenó a COLPENSIONES a reconocer y cancelar a favor del señor HERNAN SAENZ HURTADO, por retroactivo \$99.632.970 y por intereses moratorios, liquidados al 30 de noviembre de 2020 la suma de \$98.064.705 y los que en adelante se causen hasta su pago; declaró no probada la excepción de prescripción y, dadas las resultas del proceso se relevó del estudio de las demás excepciones propuestas por la parte demandada; condenó a COLPENSIONES al pago de las costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentando que, no es procedente el reconocimiento del retroactivo pensional ordenado, por cuanto no se acreditó la novedad de retiro del Sistema General de Pensiones; que, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 estableció que para gozar de esta pensión de vejez, es necesaria la desafiliación del Sistema, pues, así se pone límite al ejercicio del derecho de cotizar, esto es, congelar la última cotización, para saber cuál fue el último aporte y así poder liquidar el derecho pensional; refirió varios criterios jurisprudenciales y solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia, junto con la condena por intereses moratorios, que no debieron concederse, porque esa Administradora, reconoció oportunamente las mesadas pensionales a favor del demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia y absolver a esa demandada de las pretensiones de la presente acción, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

El demandante, por su parte, pidió que se confirme la decisión de Primer Grado, teniendo en cuenta que, de las pruebas allegadas y la concurrencia de varios hechos claros evidentes e inequívocos, puede inferirse que él se encuentra desafiliado del Sistema de Pensiones, desde el ciclo de mayo de 2016, último periodo de cotización a pensión efectuado; así las cosas la acusación de la pensión debe ser 1 de junio de 2016, día siguiente a su última cotización al Sistema General de Pensiones, tal como lo concluyó el Juez de primera instancia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala, deberá determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de su pensión desde el 01 de junio de 2016, aunque COLPENSIONES, insista en que no se reportó novedad de retiro del sistema, así como establecer si hay lugar al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

Tal como lo advirtió la primera instancia, COLPENSIONES, a través de la Resolución SUB 3771 del 08 de marzo de 2017, otorgó pensión de vejez al demandante a partir del 01 de marzo de esa anualidad, en cuantía inicial de \$10.416.398, pensión que se concedió bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. (fls 37-42 y CD fl. 100).

DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Sobre el tema en particular, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que: *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*

En tal sentido la sentencia CSJ - SL del 24 marzo 2000, rad. 13425; precisó:

*“1-. Tal como lo resalta el impugnante, no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute. **La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez.***

“Así lo entendió en lo fundamental el tribunal, al aplicar e interpretar acertadamente el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que no tiene el sentido pretendido por la censura. Al respecto cabe precisar que, reunidos los requisitos mínimos del régimen de beneficio definido prescritos en los reglamentos o en la Ley, puede el asegurado solicitar la pensión de vejez que se ha causado en su favor. Mas, como es lógico, la tramitación de su petición puede requerir de un tiempo

prudencial mientras el ente asegurador comprueba que se han cumplido satisfactoriamente las condiciones respectivas. Entretanto continuará el pago de las cotizaciones que muy seguramente aumentarán el valor de la pensión reclamada.

“La desafiliación del seguro de invalidez, vejez y muerte puede disponerla el Instituto de Seguros Sociales por iniciativa del empresario o por petición del interesado en obtener la referida pensión, siempre que haya acreditado los requisitos pertinentes.

“Precisamente una de las finalidades de la pensión es reemplazar el salario, esto es, suplir la pérdida de ganancia del mismo.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Ahora, cumple precisar que el disfrute de la pensión de vejez, por regla general se hace a partir de la desafiliación al sistema, atendiendo al mandato del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año y 35 ibidem, preceptos que se mantienen vigentes, al amparo de lo previsto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, no obstante, jurisprudencialmente se tiene dicho que existen situaciones en las que resulta inane exigir el cumplimiento del requisito de la desafiliación, para entrar a percibir las mesadas pensionales; es así como, tras haberse causado el derecho, no será necesaria la desafiliación del trabajador del Sistema General de Pensiones, para reconocer la pensión desde su causación, cuando tras haber cumplido los requisitos legales, es conminado por la Administradora de Pensiones, a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad para reconocer el derecho o cuando deja de pagar sus cotizaciones, lo que refiere su intención inequívoca de desafiliarse del sistema (Sentencias SL5603 del 06 de abril de 2016, SL1302 del 3 de marzo de 2021, SL 2061 del 19 de mayo de 2021, entre otras).

En este orden de ideas, comoquiera que, el señor HUGO HERNÁN SAENZ HURTADO, cumplía con los requisitos necesarios para acceder a la prestación pensional, fue por lo que el 12 de enero de 2017 elevó la petición para el reconocimiento pensional, ello si se tiene en cuenta que para esa fecha ya había cumplido los 60 años de edad, pues según el copia de su cédula de ciudadanía que consta a folio 11, su natalicio data del 06 de noviembre de 1945, e igualmente superaba las más de 1000 semanas cotizadas, para ser precisos 1.280,71 semanas a decir del resumen de semanas cotizadas, que milita de folios 16 a 16 y 89 a 94 del expediente; y si bien es cierto que, en el mismo reporte ya mencionado aparece registrada como la última cotización del actor, la correspondiente al mes de octubre de 2016, lo cierto es que, conforme a la planilla de autoliquidación de aportes de folio 24, su empleador GRUPO OP GRÁFICAS S.A., contrario a lo señalado por la demandada, sí reportó, para junio de 2016, la novedad de retiro del sistema del trabajador.

Adicionalmente, también se allegó al plenario derecho de petición, presentado por el actor, el 14 de febrero de 2017, dirigido al operador Aportes en Línea, solicitando la corrección de la planilla de autoliquidación de aportes del mes de octubre de 2016, pues, el efectuado correspondía a la cotización de salud y

adicionalmente fue enviada a la AFP PORVENIR S.A., Administradora a la cual no se encontraba afiliado (fls. 29-30); en igual sentido, el demandante, elevó solicitud a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 31) y presentó formulario de corrección de historia laboral en COLPENSIONES (fls. 43-48); documentales de las cuales claramente se extrae que, el retiro efectivo del señor SAENZ HURTADO, del Sistema General de Pensiones, acaeció el 31 de mayo de 2016, porque así lo reportó su empleador y, porque en esa fecha se realizó la última cotización para pensión; habiendo informado oportunamente no sólo a COLPENSIONES, sino al operador Aportes en Línea y a la AFP PORVENIR S.A., que la cotización correspondiente al ciclo octubre de 2016, se cargó erróneamente a pensión, cuando era el pago a salud, que realizaba como independiente y que tuvo que repetir por un incremento en sus ingresos.

Así las cosas, sin que se encuentre acreditada justificación válida alguna para que COLPENSIONES a motu proprio resolviera reconocerle al actor, la pensión de vejez, en cualquier fecha posterior a la de su retiro efectivo del Sistema pensional, habrá de confirmarse la decisión del Juez de Primera Instancia, en este sentido.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

En tal sentido ha de recordarse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones, que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que el fondo de pensiones justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspectos que ha realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012.¹

¹ La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, no encuentra esta Sala motivos para separarse de la pacífica jurisprudencia que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia sobre la procedencia de los intereses de que trata la norma aludida cuando se trata de mora en el reconocimiento y pago de la prestación, en la medida que, el demandante, estuvo privado de su derecho a la pensión, durante el tiempo que injustificadamente la demandada, desconoció la novedad de retiro que oportunamente reportó el empleador, GRUPO OP GRAFICAS S.A., para junio de 2016, luego, encontrándose causado en debida forma el derecho y elevada la solicitud pensional, dicha entidad se abstuvo de concederlo, se retira, sin justificación válida.

Bastan las anteriores reflexiones para igualmente, confirmar la sentencia apelada en este sentido.

Costas en esta Instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2020, por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **HERNAN SAENZ HURTADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de la demandada y a favor del demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

DC



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008201900421-01

En Bogotá D.C., hoy veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de SKANDIA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 25 de marzo de 2020, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **XENIA RAQUEL RODRÍGUEZ CUMPLIDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

ANTECEDENTES

XENIA RAQUEL RODRÍGUEZ CUMPLIDO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS, efectuado por la AFP PORVENIR S.A., a partir del 01 de marzo de 1998, ante la omisión en el deber de informarle, con prudencia y pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones y, en general, respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas; y, en consecuencia, se condene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a restituir a COLPENSIONES, los valores

obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieran causado; que, se condene a COLPENSIONES, a recibirla como afiliada, junto con los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS, y, a contabilizar para efectos de la pensión, las semanas cotizadas; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y gastos del proceso.

De manera subsidiaria solicitó, que se declare la ineficacia o inoperancia de los efectos del traslado realizado al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A., efectivo a partir del 01 de marzo de 1998, al no poder predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, al momento de su vinculación.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, estuvo afiliada al ISS, desde el 29 de abril de 1985 hasta el 01 de marzo de 1998, cuando se hizo efectivo su traslado al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., quien no le brindó una asesoría ni información transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, ventajas o inconvenientes de dicho régimen y, en general, las implicaciones sobre sus derechos, al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse del RPM.

Indicó que, la AFP PORVENIR S.A., no respecto al régimen que más le convenía, tampoco le informó cuánto capital debía acumular en su cuenta de ahorro individual para adquirir el derecho a la pensión en ese régimen, menos aún le explicó qué, de sus aportes mensuales, un porcentaje sería destinado al pago de primas de seguros por invalidez y sobrevivientes, otro para financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y otro, para cubrir el costo de la administración del régimen; que, nunca se le explicó la posibilidad que tenía de negociar el bono pensional para anticipar su pensión y cómo influiría esto en el valor de la misma; que, no le hablaron del derecho de retracto ni en qué consistía, no se le efectuó un cálculo sobre el valor de su mesada pensional en ese régimen.

Refirió que, el 19 de junio de 2019, le solicitó a COLPENSIONES, el traslado de régimen pensional, petición que fue rechazada por esa Administradora; que, actualmente se encuentra vinculada y cotizando para pensión en OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (fls. 3-19).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle

o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, buena fe y la genérica (fls. 90-95).

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica (fls. 111-118).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 135-155 y 157-179).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de marzo de 2020, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A.; condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la demandante; condenó a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la señora XENIA RAQUEL RODRÍGUEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses del artículo 1746 del CC, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado; condenó a COLPENSIONES, aceptar todos los valores devueltos por SKANDIA S.A., provenientes de la cuenta de ahorro individual de la actora y a efectuar los ajustes en su historia pensional; no impuso condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y, COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., indicó que, su recurso se limita al tema de la devolución de las cuotas o gastos de administración, pues, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, determina que, tanto en el RPM como en el RAIS, parte de la cotización se destina para

financiar los gastos de administración; además, el artículo 36 del Decreto 692 de 1994, habla de la distribución de la cotización y la posibilidad que tienen las Administradoras de pensiones, de llevar una reserva separada de los aportes, para su administración; que, esa AFP, cumplió con su gestión toda la relación contractual con la actora y ha administrado de forma correcta la cuenta de ahorro individual de la actora; que, ordenar la devolución de las cuotas de administración es desconocer la naturaleza misma de ese concepto, que no es financiar la pensiones de vejez, porque tales valores no son del afiliado, y, constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y un pago de lo no debido, por recibir un dinero, respecto del cual, nunca ejerció una función de administración; dijo que, esa Administradora, cumplió con generar una rentabilidad a favor de la demandante y por ende, es válido y se encuentra justificado el descuentos de los gastos de administración como pago por su gestión; que, ordenar el reintegro de los gastos de administración, es una violación a los principios de buena fe, confianza legítima y debido proceso, pues, esa suma ya tiene definido legalmente un titular. En cuanto a la prima de seguros de invalidez y sobrevivientes, consideró que, tampoco es procedente su devolución, pues, se trata de dineros que ya fueron cancelados a un tercero, que no fue vinculado al proceso, lo que representa un perjuicio económico para SKANDIA, quien tendría que devolver esos dineros, de su propio patrimonio.

Finalmente, manifiesta su inconformidad en cuanto a que dicho dinero sea devuelto, debidamente indexado, porque, ya se garantizó a la afiliada una rentabilidad mínima incompatible con la actualización monetaria, pues, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, no se han visto afectados por la inflación.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, argumentó que, el caso debió ser analizado a la luz de la normatividad vigente para el momento en que se efectuó el traslado de la demandante, donde únicamente se exigía el formulario de afiliación y, en forma alguna se imponía a las AFP, documentar la asesoría, ni efectuar escenarios comparativos entre uno y otro régimen pensional; que, no es posible exigir a las Administradoras, el cumplimiento de obligaciones que no estaban vigentes para la fecha en que la actora, se cambió de régimen pensional; subsidiariamente, de considerar que no hay lugar a revocar la decisión de Primera Instancia, solicitó adicionar la sentencia ordenando expresamente trasladar lo atinente a pagos efectuados por concepto de seguros previsionales y Fondo de pensión de garantía mínima; también que, se haga extensiva la condena a la AFP PORVENIR, por ser quien realizó el traslado de régimen pensional y durante el tiempo que tuvo la administración de la cuenta de la demandante, realizó los respectivos descuentos por administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES, insistió en su solicitud de revocar la sentencia de Primera Instancia, toda vez que, obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual; además que, en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, por lo tanto, no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A., pidió tener en cuenta que esa Administradora, no presentó recurso de apelación, no obstante, si en gracia de discusión se modificara la decisión y se condenara, en el presente caso, no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues, el traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, con la AFP PORVENIR, tal y como se expresa en los formularios de afiliación suscritos con estas administradoras, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. De igual manera, que, la Juez de Primera Instancia, realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto desanimar a la demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, dando a entender que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A.;

y iii) si debe hacerse extensiva a la AFP PORVENIR S.A., la orden de devolución de gastos administración, seguros previsionales y Fondo de garantía de pensión mínima.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de Prima Media con Prestación Definida y el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre

de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala

de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional, aclararse que, la carga de la prueba le corresponde a la Administradora privada de pensiones, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este sentido, al plenario se allegaron como pruebas, respuesta negativa de COLPENSIONES, a la solicitud de traslado de régimen prestada por la actora (fl. 21); historia laboral consolidada de la demandante en OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (fl. 22-31 y 97-101); simulación valor pensión elaborado por OLD MUTUAL (fls. 32-33 y 109-110); relación de

aportes realizados por la actora a la AFP PORVENIR S.A. (fls.34-41 y 201-208); informe de movimientos con rendimientos de la AFP PORVENIR S.A. (fls 42-46 y 196-200); formulario de afiliación de la actora, a SKANDIA, diligenciado el 28 de agosto de 2008 (fl. 96); estado de cuenta de ahorro individual de la demandante en OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (fls. 102-106) historia laboral válida para bono pensional (fls. 107—108); solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., del 26 de enero de 1998 (fl. 180 y 209); consulta SIAF (fls. 181-182); historia laboral consolidada de la AFP PORVENIR S.A. (fls.183-187); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la señora RODRÍGUEZ CUMPLIDO en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 188-193); certificación de afiliación y traslado de aportes expedida por la AFP PORVENIR S.A. (fl. 194).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, la demandante, quien informó que, en 1998, la visitaron de la AFP privada, informándole que el ISS, no iba a continuar y, que, si no se trasladaba, iba a perder sus aportes, por lo que, se trasladó, convencida de que el Seguro Social no existiría más; que, recibió varias visitas, pero nunca les daban explicaciones, sólo se limitaron a informar que el fondo privado existía, porque el Seguro Social se iba a acabar y cuando se dio cuenta que esa afirmación no era cierta, ya era demasiado tarde, para regresar al RPM, porque ya había cumplido 47 años y COLPENSIONES, no la recibió; que se sintió coaccionada a firmar el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., aunque su decisión fue voluntaria, pero por los argumentos que le dieron, respecto al cierre del ISS; que, se cambió a OLD MUTUAL, porque la AFP PORVENIR S.A., dejó de visitarla, entonces le ofrecieron el traslado y aceptó, siempre le dijeron lo mismo, que el Fondo privado era mejor y podría recibir una pensión más alta que en fondo público; sabía que sus ahorros, podían ser heredados, pero no tenía claro, que sus aportes generaban rendimientos; que, decidió demandar, porque no le cumplieron lo que le habían prometido, y es que, en una visita a OLD MUTUAL, se enteró que no era seguro, ni siquiera se pensionara con una mesada mayor al salario mínimo legal; que, recibió extractos de OLD MUTUAL hoy SKANDIA, eventualmente los revisaba; que, sólo recibió una proyección de la mesada pensional, por parte de SKANDIA, y fue cuando se decidió a presentar la demanda; que, no recibió una asesoría donde le explicaran las diferencias entre uno y otro régimen, no le pidieron la historia laboral, ellos tenían los formularios y datos, pero no recibió ninguna explicación al respecto.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita haberle suministrado, al momento de su traslado inicial al RAIS, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión

allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, y que, de acuerdo a lo manifestó por el apoderado recurrente, es la materialización de la información y asesoría brindada oportunamente, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la AFP PORVENIR S.A., el 26 de enero de 1998, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que su posterior cambio de Administradora, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA S.A., validara el

inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

De otra parte, en cuanto a la inconformidad por la devolución de los gastos de administración, debidamente indexados, dado que, con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, implica retrotraer las cosas a su estado inicial, es deber de las AFP, devolver al RPM todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, incluidos los gastos de administración, debidamente indexados, por tratarse de una obligación dineraria, afectada por los fenómenos inflacionarios; circunstancia que, contrario a lo manifestado por la apoderada de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., nada tiene que ver, con los rendimientos generados sobre el capital que la demandante, ahorró en su cuenta individual.

Ahora, en cuanto a la solicitud elevada por COLPENSIONES, para adicionar la sentencia de Primera Instancia, y, condenar a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA S.A., también a devolver, las sumas descontadas a la demandante, para seguro previsional y el fondo de garantía de pensión mínima, basta indicar que, conforme a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de julio de 2020, con radicado 78667, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS, debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo tanto, dentro de los valores a devolver al RPM, como ya se indicó, debe incluirse todo aquello que la Administradora privada de pensiones, retuvo a título de cuotas de administración y comisiones, seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional; aclarando que:

“En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de

solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

Teniendo en cuenta lo anterior, se accederá a lo solicitado por COLPENSIONES, en consecuencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia apelada, ordenando a SKANDIA S.A., también devolver a COLPENSIONES, los valores descontados a la demandante, durante el tiempo que estuvo afiliado a esa Administradora, por concepto de pago de seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima.

Asimismo, solicita COLPENSIONES, adicionar la sentencia de Primer Grado, condenando a la AFP PORVENIR S.A., a restituir los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, petición a la cual también habrá de accederse, pues, como señala la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia en cita:

***“...los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*”**

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones». (Negrilla fuera de texto).

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados.

COSTAS en la Instancia a cargo de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Sin COSTAS para COLPENSIONES, comoquiera que, prosperó parcialmente su recurso de apelación. Se confirman las de Primer Grado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia apelada, proferida el 25 de marzo de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de, también condenar a la demandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, las sumas de dinero descontadas a la señora XENIA RAQUEL RODRÍGUEZ CUMPLIDO, por concepto de pago de seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia apelada, condenando a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** las sumas de dinero descontadas a la demandante XENIA RAQUEL RODRÍGUEZ CUMPLIDO, durante el tiempo que estuvo afiliada a esa Administradora, por concepto de pago de gastos de administración, seguros

previsionales y aportes para garantía de pensión mínima, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

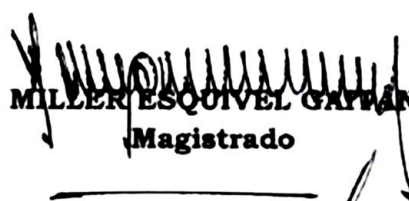
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

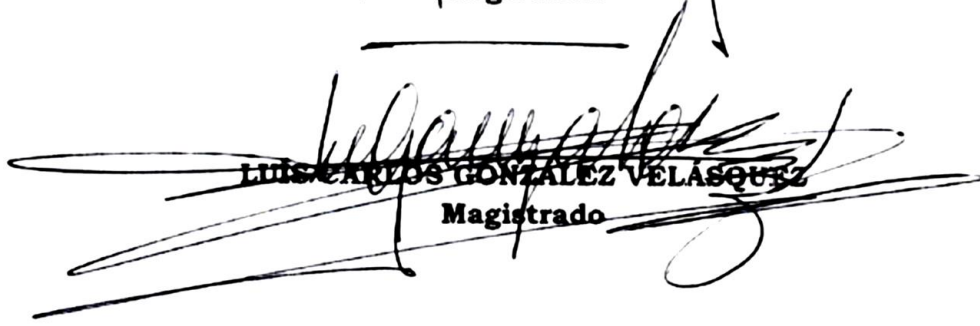
CUARTO: COSTAS en esta Instancia a cargo de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de SKANDIA y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

DC